



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2017-06-21
Meddelad i Malmö

Mål nr
12845-16

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud: regionjuristen Bengt Guldager
Adress som ovan

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Region Skåne ska betala 1 150 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 376784

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne ingick den 10 december 2015 ett vårdavtal med läkaren Günther Schmidt avseende gynekologivård. Under perioden den 1 januari 2011 till och med den 31 december 2015 hade regionen ett samverkansavtal med bl.a. Günther Schmidt. Enligt samverkansavtalet skulle vårdgivaren bedriva verksamhet på heltid motsvarande i genomsnitt 35 timmar per vecka inom området gynekologi, vilket innefattade utredning och behandling på grund av sjukdom eller skada samt rådgivning i födelsekontrollerande syfte.

Inför samverkansavtalets upphörande ingick regionen den 10 december 2015 det nu aktuella vårdavtalet som avser vårdgivarens utförande av tjänster under perioden den 1 januari 2016 till och med den 31 december 2017. Vårdavtalet innefattar samma typer av vårdtjänster som det tidigare samverkansavtalet. Region Skånes ingående av vårdavtalet har inte föregåtts av annonsering enligt LOU.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konkurrensverket

Konkurrensverket yrkar i ansökan att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU ska besluta att Region Skåne ska betala 1 150 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Som grund för sin ansökan anför Konkurrensverket följande. Avtalet den 10 december 2015 mellan regionen och Günther Schmidt utgör en otillåten direktupphandling. Avtalet avser s.k. B-tjänster för vilka 15 kap. LOU ska tillämpas. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud. För att ett avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan

föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen ska tolkas restriktivt.

Region Skåne har uppgett att ersättningstaket i vårdavtalet uppgår till totalt 13 696 000 kr exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta uppgiften. Eftersom avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen skulle regionen i enlighet med huvudregeln ha annonserat upphandlingen. Det saknades skäl att ingå vårdavtalet utan föregående annonsering. Möjligheten till direktupphandling på grund av synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU omfattar avtal avseende mycket speciella hälso- och sjukvårdstjänster. Begreppet synnerliga skäl ska tolkas restriktivt och kan endast aktualiseras i undantagsfall. De situationer som avses är sådana där relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därmed försämrats eller där det endast finns ett möjligt vård- och boendalternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Även fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör en annonserad upphandling grundar rätt till direktupphandling. Ingen av dessa situationer förelåg vid ingående av det aktuella avtalet med Günther Schmidt. Den omständigheten att det är fråga om allmännyttiga tjänster kan inte vara tillräcklig för att synnerliga skäl ska anses föreligga.

Vidare framgår av förarbetsuttalanden och praxis att en direktupphandling av hälso- och sjukvårdstjänster kan vara tillåten endast när det gäller att garantera vården i ett specifikt vårdfall. I detta fall är det fråga om en viss typ av vårdåtgärder för generella patientkategorier, det vill säga patienter i behov av gynekologisk vård. Regionen har kontinuerligt skickat patienter till den aktuella vårdgivaren och det kan inte anses vara fråga om sådana mycket speciella vårdsituationer som faller in under undantaget för synnerliga skäl. Att det i vårdavtalet även anges att vårdgivaren vid avtalets utgång och när verksamheten övergår till annan utförare ska medverka till

att övergången sker med minsta möjliga olägenhet för patienterna talar för att den vård som tillhandahålls inom avtalet inte avser sådana specifika vårdfall som avses i undantaget. Avtalet har dessutom en löptid på två år och omfattar därmed även vård av patienter som tillkommer under avtals-tiden och som alltså inte hade någon vårdrelation till Günther Schmidt vid tidpunkten för avtalsingåendet. Att regionen överväger att upphandla vården tyder också på att det är en mer generell typ av vård. Konkurrensverket ifrågasätter inte betydelsen av den vård som tillhandahålls enligt det aktuella avtalet utan istället det sätt på vilket avtalet har ingåtts. Att tillgången till tjänster som omfattas av ett visst avtal är viktigt för den avtalsslutande myndigheten och betydelsefull för berörda vårdtagare är i sig inte ett skäl för direktupphandling.

Konkurrensverket anser inte heller att det varit fråga om en sådan brådskande situation som möjliggör en upphandling utan föregående annonsering. Det måste anses ha funnits tid för regionen att genomföra en annonserad upphandling istället för att genomföra direktupphandlingen. Att regionen är skyldig att tillgodose vårdbehovet hos de aktuella patientgrupperna kan varken vara okänt eller oförutsebart för regionen. Att samverkansavtalet skulle avslutas är något som regionen också känt till. Regionen har anfört att andra externa vårdgivare avböjt regionens erbjudande om tilläggsuppdrag. Att externa vårdgivare väljer att inte ingå avtal om tilläggsuppdrag med en upphandlande myndighet är enligt verket en omständighet som kan förutses. Vidare har det aktuella avtalet ingåtts på två år och det saknas möjlighet till uppsägning i förtid. Det har inte varit absolut nödvändigt att ingå avtal med en så pass lång avtalstid. Regionen har därför inte begränsat avtalet till att endast omfatta det omedelbara behovet. Det har därmed under alla omständigheter saknats förutsättningar för att direktupphandla avtalet med Günther Schmidt med stöd av undantaget för synnerlig brådskande.

När det gäller överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek har verket beräknat kontraktsvärdet till 13 696 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 369 600 kr. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska redan mot denna bakgrund anses vara högt. Det rör sig om en klar och tydlig överträdelse. Därtill har regionen den 6 december 2015 gjort en otillåten direktupphandling av ett annat vårdavtal. Regionen har därmed genomfört otillåtna direktupphandlingar vid upprepade tillfällen, vilket utgör en försvårande omständighet vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Enligt Konkurrensverkets uppfattning står det klart att ansökan inte avser en ringa överträdelse.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 1 150 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Region Skåne

Region Skåne bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan och anför följande. Avtalet har varit möjligt att direktupphandla. Det föreligger synnerliga skäl för direktupphandling, det är fråga om absolut nödvändig specialistvård och det har förelegat synnerlig brådska som varken orsakats av eller har kunnat förutses av Region Skåne.

Konkurrensverket gör utifrån praxis gällande att direktupphandling av hälso- och sjukvårdstjänster kan vara tillåten endast när det gäller att garantera vården i ett specifikt vårdfall. Detta är enligt Region Skåne inte korrekt. Det finns tvärtemot verkets uppfattning ingenting som tyder på att utrymmet för att tillämpa undantaget för synnerliga skäl skulle vara mindre för hälso- och sjukvårdstjänster än vad det är för inköp av andra varor och tjänster. Det finns i gällande rätt ingen inskränkning i tillämpningen av undantagen som skulle gälla specifikt hälso- och sjukvårdstjänster, utan istället finns just för dessa tjänster en utökad möjlighet att tillämpa undantagen. Denna utökade möjlighet har sin grund i att tillgång till hälso- och sjukvård utgör ett väsentligt allmänintresse, nämligen skydd för människors liv och hälsa.

I god tid inför upphörandet av Günther Schmidts etablering som läkare, specialitet gynekologi, planerade Region Skåne för det fortsatta omhändertagandet av berörd patientgrupp. Günther Schmidts samverkansavtal löpte ut den 31 december 2015. Som ingångsvärde i denna planering fanns därtill ett behov av denna specialitet som översteg utbudet. Region Skåne gjorde därför bedömningen att flera vårdgivare med ansvar för specialitet gynekologi skulle behöva engageras än tidigare. Region Skåne valde därför att inte enbart upphandla en verksamhet med en läkare utan valde istället att försöka få de många vårdcentralerna att bedriva tilläggsuppdrag för gynekologi. Den 24 oktober 2014 beslutades att införa tilläggsuppdraget och inför att Günther Schmidts samverkansavtal skulle upphöra fattades dessutom beslut den 2 december 2015 om utökad ersättning för detta uppdrag. En rad vårdcentraler hade visat intresse för tilläggsuppdraget varför bedömningen under våren 2015 var att den verksamhet som Günther Schmidt bedrev skulle kunna allokeras till dessa vårdcentraler. Under hösten 2015 visade det sig dock att det tidigare redovisade intresset inte längre förelåg och att ansökningarna för tilläggsuppdraget uteblev.

Att en omständighet teoretiskt skulle kunna förutses innebär dock inte att lagstiftaren kräver att en upphandlande myndighet måste vidta diverse ur ett samhällsekonomiskt perspektiv helt oförsvarbara åtgärder i syfte att undvika risken för att eventuellt behöva genomföra en direktupphandling. Region Skånes uppfattning är att frågan om förutsebarhet ska kopplas till frågan om vad den upphandlande myndigheten faktiskt har känt till eller bort känna till.

I syfte att säkra patienternas tillgång till nödvändig gynekologisk specialistvård valde Region Skåne att i det uppkomna läget ingå det av Konkurrensverket ifrågasatta avtalet med Günther Schmidt, dock endast för den tid det tar att på annat sätt tillskapa detta för berörda patienter helt nödvändiga vårdutbud. Omedelbart när det stod klart att berörd patientgrupp skulle stå utan omhändertagande inleddes arbetet med att förbereda en annonserad upphandling enligt LOU avseende dessa vårdtjänster. Region Skåne har begränsat det aktuella direktupphandlade avtalet till att avse det samhällsviktiga behovet av vård och behandling inom specialiteten gynekologi. Region Skåne kan inte förutse exakt för vilka individer ett nödvändigt behov av gynekologisk behandling kan komma att uppstå eller exakt vilka nödvändiga behandlingar som kan komma att behöva genomföras. De medborgare som är patienter med behov av denna vård befinner sig i en synnerligen utsatt situation om den för dem nödvändiga vården skulle utebli.

Region Skåne har genomfört en upphandling och har genom beslut om utökning av dessa upphandlade avtal planerat för ett övertagande av Günther Schmidts patienter. På grund av omständigheter som legat helt utanför Region Skånes kontroll, dvs. att externa aktörer först visat intresse av detta tilläggsuppdrag men sedan ändå inte ansökt om uppdraget, har övertagandet inte kunnat genomföras. Sanktionsvärdet i en situation som denna är så lågt

att det är fråga om ringa fall. Någon upphandlingsskadeavgift ska därför inte heller av denna anledning åläggas Region Skåne.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Tillsynsmyndigheten får enligt 17 kap. 2 § LOU andra stycket hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 3.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att det aktuella vårdavtalet mellan Region Skåne och Günther Schmidt är ett tjänstekontrakt som avser hälsovård. Vid

upphandling av sådana tjänster är 15 kap. LOU tillämpligt. Enligt huvudregeln i 15 kap. 3 § första stycket ska upphandlingar ske genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande dvs. upphandlingsförfarande med konkurrensutsättning och annonsering. Vidare framgår av 15 kap. 3 § andra stycket LOU att det vid upphandlingar där kontraktets värde understiger den s.k. direktupphandlingsgränsen är möjligt att använda direktupphandling. Det är i målet ostridigt att det nu aktuella avtalets värde, 13 696 000 kr, överstiger gränsen för direktupphandling.

Region Skåne har i målet anfört att det föreligger synnerliga skäl för direktupphandling, att det är fråga om absolut nödvändig specialistvård och att det har förelegat synnerlig brådska som varken orsakats av eller har kunnat förutses av Region Skåne.

Av förarbetena framgår att synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas restriktivt och i undantagsfall. Möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska på grund av egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Vidare bör hälso- och sjukvårdstjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas, situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ samt sådana fall där patienters fria val av vårdgivare omöjliggör annonserad upphandling grunda rätt till direktupphandling. Uttrycket synnerliga skäl överlappar vad som anges om synnerlig brådska i LOU. Förutsättningarna för att få tillämpa direktupphandling är då att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla de vid annonserade upphandlingar normala tidsfristerna (prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2009/10 s. 344).

Vidare får direktupphandling inte tillämpas generellt vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster. Direktupphandling får bara ske i enstaka fall och det måste vara fråga om mycket speciella omständigheter, exempelvis enstaka fall av vård av mycket vårdkrävande patienter (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 6870 - 6871-06 samt Kammarkollegiets vägledning 2011:6).

Förvaltningsrätten kan konstatera att det nu aktuella avtalet avser gynekologisk specialistvård. Av utredningen i målet framgår vidare att Region Skåne fortlöpande har skickat patienter till den aktuella vårdgivaren samt att avtalet, som gäller två år, även avser under avtalstiden tillkommande patienter. Det framgår även att det i vårdavtalet anges att vårdgivaren, vid avtalets utgång och när verksamheten övergår till annan utförare, ska medverka till att övergången sker med minsta möjliga olägenhet för patienterna. Region Skåne har vidare haft för avsikt att låta andra aktörer ta över den aktuella vården när det tidigare samverkansavtalet med Günther Schmidt löpte ut den 31 december 2015. Region Skåne får anses ha känt till vårdbehovet hos de aktuella patientgrupperna samt att och när samverkansavtalet skulle upphöra att gälla.

Med hänsyn härtill kan förvaltningsrätten vid en sammantagen bedömning inte finna att det i målet är visat att det varit fråga om en sådan situation som innebär att det kan anses ha förelegat synnerliga skäl för att frångå huvudregeln i LOU om annonsering. Region Skånes ingående av det aktuella vårdavtalet med Günther Schmidt utgör således en otillåten direktupphandling. Enligt rättens mening föreligger därmed förutsättningar för att besluta om att påföra Region Skåne upphandlingsskadeavgift. Den överträdelse som Region Skåne begått kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara ringa. Förvaltningsrätten har därmed att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anføres i förarbetena till 17 kap. LOU bl.a. följande. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtals- tidens längd och värde påverka sanktionsvärdet på så sätt att detta anses högre om en otillåten direktupphandling har gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtals- spärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (prop. 2009/10:180 s. 197 f).

Förvaltningsrätten finner att det av Konkurrensverket yrkade beloppet om 1 150 000 kr framstår som väl avvägt utifrån det sanktionsvärde som överträdelsen vid en samlad bedömning av omständigheterna får anses ha. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Verkets ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B)

Anders Mattsson

Sune Wennerberg har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.